



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen

Nobel, Peter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-61111>

Book Section

Originally published at:

Nobel, Peter (2011). Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 153-165.

Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen

PETER NOBEL

Inhaltsverzeichnis

I.	Die juristische Person: Bestand und Wandel im Wirtschaftsleben ..	153
II.	Die juristische Person: Ein Phänomen der Rechtstechnik	156
III.	Die Aktiengesellschaft als juristische Person und wirtschaftlicher Entwicklungsmotor	157
IV.	Fortbildung der juristischen Person im Konzern	158
V.	Einheitsbetrachtung des Konzerns	160
VI.	Spärliche rechtliche Durchdringung des «Unternehmens»	162
VII.	Fazit und Perspektiven	164

I. Die juristische Person: Bestand und Wandel im Wirtschaftsleben

ROLF H. WEBER hat sich in seinem überaus reichen Werk auch mit der Figur der juristischen Person beschäftigt und deren Geschichte gekonnt nachgezeichnet.¹ Mit «Anstalt und Unternehmen» (1978) bin ich auch einmal in die «Keller der Dogmatik» gestiegen und heute reizt es mich, vor allem im Zwiegespräch mit einem derart kundigen Kollegen, die Grundfragen der rechtlichen Organisationsvorstellungen für Unternehmen erneut aufzunehmen. Anlass dafür sind auch neue Arbeiten, die sich den historischen und konzeptionellen Grundlagen der Aktiengesellschaft zuwenden und die Trennung von Inhaberschaft und Leitung, die Vermögensscheidung und den Schutz der je geschiedenen Sphären (Gesellschaftsvermögen/Privatvermögen) und die Übertragbarkeit der Beteiligungen herausstreichen.²

Juristische Personen beherrschen ja heute unser Wirtschaftsleben, aber ihre Gestalt hat sich verändert.

Soweit ersichtlich, wurde diese folgenreiche Rechtstechnik juristischer Personifizierung, nämlich dass man neben das aufklärerisch geprägte Individuum auch ein «Dividuum» (Personen- und Sachgesamtheit) als Anknüpfungssubjekt von Rechten und Pflichten setzte, begrifflich wohl von GUSTAV HUGO 1799 für die neuzeitliche Dogmatik vorbereitet:

¹ ROLF H. WEBER, Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Basel 1998, 1 ff.

² Siehe die faszinierende Arbeit von ANDREAS FLECKNER, Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Köln u.a. 2010.

«Aus dem öffentlichen Recht kann auch die Civität öffentlicher Anstalten, der juristischen Personen, des Staates selbst (als fiscus) und der vom ihm privilegierten (octroyirten) Corporationen hierher gerechnet werden, weil diese juristischen Personen im SachenRechte und im Rechte der Forderungen so sehr wichtig sind.»³

Die materielle Idee der juristischen Person war natürlich längst früher, schon in der Antike («personae vice fungitur»⁴) geboren worden, auch schon mit der alten juristischen Behandlung von «universitates» und «corpora». Folgenreich wurde sie aber vor allem im Wirtschaftsbereich, wo natürlich auch die öffentlichrechtliche Sphäre und ihre Terminologie eine Rolle spielten, die neben den eigenen Strukturkörpern nicht leicht andere intermediäre Gewalten aufkommen lassen wollten, die nicht bloss wirtschaftsorientierte Emanationen staatlicher oder vom Staat verliehener Macht waren wie die famosen Beispiele der Kolonialgesellschaften vor allem der Niederlande, Frankreichs und Englands.⁵

So war die Entwicklung vom Octroi- zum Konzessionssystem und dann zu demjenigen der Normativbestimmungen nicht einfach eigenständig, sondern mit der sich entwickelnden Trennung von Staat und Wirtschaft komplex verbunden.

AUGUST EGGER schrieb 1930 in den Vorbemerkungen zum Recht der juristischen Personen im ZGB, der Gesetzgeber «anerkenne die juristische Person als das geeignetste Mittel juristischer Technik für die Zwecke des Verbandslebens.»⁶ FRANZ WIEACKER hat dann die überragende Bedeutung eines «Zweckvermögens» für die Personifizierung herausgearbeitet.⁷

Die juristische Person wurde und wird heute noch zu einem schönen Teil als selbstständig betrachtet und ihr «Schleier» soll nach rechter Lehre nur bei

³ GUSTAV HUGO, Lehrbuch eines zivilistischen Cursus, 2. Aufl., Berlin 1799, § 59.

⁴ HANS KIEFNER, Personae vice fungitur? Juristische Person und «industrielle Corporation» im System Savignys, in: Wolfgang Hefermehl/Rudolf Gmür/Hans Brox (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, 263 ff.; ALFONS BÜRGE, Römisches und Romanistisches zum Unternehmensrecht, WuR 1980, 133 ff.

⁵ Zur Geschichte vgl. JOHN MICKLETHWAIT/ADRIAN WOOLDRIDGE, The Company: A Short History of a Revolutionary Idea, New York 2003; PAUL FRENTROP, A History of Corporate Governance 1602–2002, Brussels 2003.

⁶ AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 1–89 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1930, Art. 52 ff. N 12; vgl. zur juristischen Person auch MAX GUTZWILLER, Das Recht der Verbandspersonen, Grundsätzliches, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, 425 ff. Siehe auch MARIE THERES FÖGEN, «Mehr Sein als Schein»? – Anmerkungen zur juristischen Person in Theorie und Praxis, SJZ 1999, 393 ff. «Mehr Sein als Schein» stammt von ERNST ZITELMANN.

⁷ FRANZ WIEACKER, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, in: Malte Diesselhorst (Hrsg.), Franz Wieacker – Kleine juristische Schriften, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 140, Göttingen 1988, 313 ff. = Ernst Forsthoff/Werner Weber/Franz Wieacker (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, 339 ff.

Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) durchbrochen werden können.⁸ Im Kapitalmarktrecht, etwa bei der Suche nach indirekter Beherrschung, stimmt dies aber längst nicht mehr; hier herrscht bereits (wieder) die wirtschaftliche Betrachtungsweise (Art. 20 BEHG und Art. 9 BEHV-FINMA). Im Steuerrecht ist dies gängig.⁹

In den allgemeinen Bestimmungen (vgl. Art. 52 ff. ZGB) und Lehren zur juristischen Person hielt sodann der historisch verkürzende, aber dem Kapitalbezug der Wirtschaft entsprechende Dualismus von Körperschaften und Anstalten Einzug: Personenvereinigungen, die Kapital zur Verfügung stellten (Körperschaften) und Anstalten als verselbstständiges Kapital (Stiftung). Die Unterscheidung geht auf HEISE zurück, der die Anstalten von den «universitates» scheiden wollte.¹⁰ Die an Ausgestaltungsformen an sich reiche Figur der «Anstalt» wurde in der Folge auf die Stiftung als reines Zweckvermögen reduziert. Man erinnere sich; im öffentlichen Recht ist die Anstalt immer noch eine Kombination von sachlichen Mitteln und persönlichen Kräften,¹¹ was phänomenologisch ein «Unternehmen» ausmacht,¹² das im Gesellschafts- und Unternehmensrecht immer noch heimatlos ist (s. unten).

Mit dem (von Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit angeleiteten verfassungsrechtlichen) Vollzug der Trennung von Staat und Gesellschaft wurde der Wirtschaft eine Anzahl von organisationellen Standardkontrakten, sogar mit einem Numerus clausus versehen, zur Verfügung gestellt, was schlicht als Teil der handelsrechtlichen Gesetzgebung betrachtet wurde und bei aufsichtsrechtlicher Ergänzung, so im Bankenrecht, in der polizeilichen Gefahrenabwehr und dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die notwendige zusätzliche Begründung fand. Der Funktionsschutz, eher verstanden als Prozessschutz, wandelte sich dann aber zusehends zum mehr institutionell zu verstehenden Systemschutz,¹³ doch erst mit dem «Too Big To Fail»

⁸ Vgl. etwa BGE 71 II 272; 72 II 275; 92 II 160; 102 III 169 f.; 128 III 346; 132 III 489. Siehe aber unten.

⁹ RENÉ MATTEOTTI, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuergerechtigkeit, ZSR 2010 I 217 ff.

¹⁰ ARNOLD HEISE, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., Heidelberg 1825, Einleitung, Fn. 13.

¹¹ Vgl. dazu etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 1314: «Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist [...]».

¹² PETER NOBEL, Anstalt und Unternehmen, Diessenhofen 1978, insbes. 236. Historisch immer noch HANS OPIKOFER, Das Unternehmensrecht in historischer, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.

¹³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. e NBG; ferner PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 6 N 98 ff. Siehe für die Definition der Systemrelevanz im Bankenbereich durch die Schweizerische Nationalbank: Richtlinien der Schweizerischen Nationalbank (SNB) über das geldpolitische Instrumentarium vom 25. März 2004 (Stand am 1. Januar 2010), Ziff. 6, abrufbar unter <http://www.snb.ch>.

(TBTF) kehrt die Wirtschafts- und Strukturpolitik wieder ein, m.E. allerdings noch ohne verfassungsrechtliche Abstützung.

II. Die juristische Person: Ein Phänomen der Rechtstechnik

Eine «juristische» Person neben einer «natürlichen» (die zwar auch «juristisch» ist) hat etwas Künstliches und so erstaunt es nicht, dass im 19. Jahrhundert zwischen der «Fiktionstheorie» und der «Realitätstheorie» der juristischen Person gerungen wurde. So oder so gilt, was im berühmten Dartmouth-Fall geschrieben wurde:

«A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law.»¹⁴

Die dogmatische Auseinandersetzung, die teilweise sogar zu einer Auseinandersetzung zwischen Romanisten und Germanisten hochstilisiert wurde, hat aber keine wirklichen Folgen gezeitigt, denn das Recht der juristischen Personen ist auch «positiviert» worden. Restbestände finden sich vielleicht noch in den internationalistischen Anknüpfungstheorien, der Inkorporations- und der Sitztheorie, deren Gegensatz noch heute gespenstisch die EU verunsichert; dabei hat der EuGH mit der Entscheidungskette von Centros¹⁵ bis Überseering¹⁶ dem Spuk ein Ende bereitet. Im Verhältnis zur Schweiz findet sich aber auch in neuster Zeit noch die amüsante deutsche Auffassung, dass eine schweizerische AG, die in Deutschland verwaltet wird, nicht als AG anerkannt werden könne.¹⁷

Heute ist wohl anerkannt, dass die juristische Person vor allem Rechtstechnik ist. Diese Erkenntnis geht aber Hand in Hand mit derjenigen, dass die alten Auffassungen die heutige Wirklichkeit wiederum nur unvollständig decken können.

Einerseits drängt sich das Phänomen der Konzerne, besonders der multinationalen, in den Vordergrund und andererseits wird zunehmend, aber juristisch sibyllinisch, nicht mehr nur von den Shareholdern, sondern von den Stakeholdern am Unternehmen insgesamt gesprochen.

¹⁴ Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819).

¹⁵ EuGH, Urteil C-212/97 vom 9. März 1999 i.S. Centros.

¹⁶ EuGH, Urteil C-208/00 vom 5. November 2002 i.S. Überseering BV.

¹⁷ BGH, Urteil des II. Zivilsenats vom 27. Oktober 2008 – II ZR 290/07 («Trabrennbahn»), NJW 2009, 289, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>.

III. Die Aktiengesellschaft als juristische Person und wirtschaftlicher Entwicklungsmotor

Die Aktiengesellschaft wurde im 19. Jahrhundert als gesamteuropäisches Projekt in ähnlicher Ausgestaltung in den Gesetzbüchern niedergelegt, zuerst im Code de Commerce von 1807:

«29. La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

30. Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

37. La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement [...].»

Die AG hielt dann in allen Ländern Einzug,¹⁸ im schweizerischen Bundesrecht mit dem OR vom 14. Juni 1881. Im 19. Jahrhundert lassen sich in der Schweiz im Wesentlichen drei Gruppen kantonaler Aktienrechtsordnungen unterscheiden: Vorab die welschen Kantone einschliesslich Basel-Stadt und Berner Jura welche sich vorwiegend am französischen Code de commerce orientierten; für die Gruppe des zürcherischen Rechts war das Private Gesetzbuch des Kantons Zürich (PGB) von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI massgebend und Bern und Solothurn gingen insofern eigene Wege, als sie mehrere ausländische Gesetzgebungen zum Vorbild nahmen, insbesondere das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Die übrigen Kantone schlossen sich stillschweigend einer dieser Gruppen an.¹⁹ Weitere Bestrebungen der Kantone, auf dem Konkordatsweg ein einheitliches schweizerisches Handelsrecht zu schaffen, scheiterten dann aber.²⁰

Die AG ist eine eigentliche juristische Erfindung, indem sie einen stabilen inneren Kapitalkern mit äusserer Mobilität verbindet und die Unternehmensfinanzierung damit stabil bleibt. Sie war auch eigentlicher wirtschaftlicher Entwicklungsmotor.

Dies führte auch zu zwei Entwicklungsrichtungen, nämlich derjenigen, die vor allem auf die Kapitalbeschaffung, d.h. die Emission von Wertpapieren und den Anteilshandel blickte, und derjenigen, für die «Organisation» und Unternehmen die wesentlicheren Elemente waren. Man kann die zwei Entwicklungen auch mit den USA einerseits und Europa anderseits identifizieren; heute zeigen sich aber starke Konvergenzen.

¹⁸ WEBER (Fn. 1), 44.

¹⁹ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 4 N 31 ff.

²⁰ Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, BBl 1880 I 149, insbes. 158 ff.

Historisch war die AG das Vehikel zur Sammlung der vor allem für den Eisenbahnbau und dann die Banken benötigten Kapitalien. Sie war die «Kapitalpumpe» im SCHUMPETER'schen Sinne.²¹ Wer aber in die alten Aktiengesellschaften eine «Aktionärsdemokratie» hineinlesen will, geht wohl fehl. Hier waren eher mächtige Gründer-Condottieri am Werk.

IV. Fortbildung der juristischen Person im Konzern

Die Aktiengesellschaften wuchsen, doch war es nicht selbstverständlich, dass eine Aktiengesellschaft die Anteile einer anderen halten konnte. Die Platzierung der Anteile in Trusts führte unter dem Titel der Machtbrechung zu den Bemühungen um «Antitrust» und auch das Konzernrecht wurde als Idee unter dem Problem der Machtansammlung geboren. Der Österreicher JULIUS LANDESBERGER referierte am Deutschen Juristentag 1902 zur Frage der rechtlichen Behandlung der Industriekartelle und verwendete für die Abgrenzung der tatsächlichen Herrschafts- oder Gemeinschaftsverhältnisse ohne wettbewerbsbeschränkende Absicht die deutsche Bezeichnung «Gruppe» oder, mit «Entlehnung eines im internationalen Finanzverkehr üblichen Wortes, den schärferen englischen Terminus Concern»:²²

«Der Kitt, welcher die Gemeinschaft zusammenhält, ist kein Vertrag, sondern die Macht, welche ein Unternehmen über andere dank seines Besitzes an Aktien der letzteren [...] innehat oder ausübt: Die Grossaktionärschaft.»

Im Wettbewerbsrecht gab es dadurch zwei wesentliche Entwicklungen: Konzernintern gab es keine Kartelle, doch wurde die externe Macht mit dem Unternehmensbegriff angegangen, nämlich mit dem Versuch der Bändigung marktmächtiger «Unternehmen», eine das Gesellschaftsrecht transzendierende, wirtschaftliche Betrachtungsweise.²³

Auch der Konzern, immer noch eine gesellschaftsrechtliche Baustelle und ein Werkplatz, kreist auf eine Weise um das Gegensatzpaar von juristischem Gesellschaftspluralismus (in der Regel multinationaler Art) und wirtschaftlichem Unternehmen. Es wurde sogar gewagt, den Konzern als «einfache Gesellschaft» zu erfassen, was aber geharnischte Proteste auslöste.²⁴ Auch die

²¹ JOSEPH A. SCHUMPETER, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Bern 1950.

²² JULIUS LANDESBERGER, *Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages 1902*, 301.

²³ S. ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/Franz HOFFET/Patrik DUCREY (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich u.a. 1997, Einleitung, N 50, 54.

²⁴ HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER, *Les groupes de sociétés sont des sociétés simples*, SZW 1998, 113; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER, *Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – Eine Replik*, SZW 1998, 213; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples – une duplique*, in: Peter V.

Vertrauenshaftung als vermeintliche Konzernhaftungslösung²⁵ hielt nicht lange an: Existenz ist nicht schon culpa.

Jedenfalls wird der Konzern trotz dem polykorporativen Charakter zunehmend in seiner Gesamtperspektive erfasst und die Figur der juristischen Person(en) wird dadurch sozusagen poröser. Es trifft dies gewiss zu bei der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung. Die konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) nimmt – anders als die Einzelabschlüsse der einzelnen Konzerngesellschaften – Rücksicht auf die wirtschaftliche Realität, indem sie den Konzern als Einheit behandelt, d.h. die konzerninternen Geschäftsbeziehungen eliminiert.²⁶

Dann führen auch wirtschaftliche Interessenkalküle und nicht zuletzt Reputationsüberlegungen zu dem, was wir gelernt haben als «faktischen Beistandszwang» zu verstehen und auch entsprechend als Notwendigkeit anzuerkennen.²⁷ Dann ist das Aufsichtsrecht im Finanzbereich heute eine Konzernaufsicht.²⁸

Interessanterweise ist in diesen Grossverbänden die juristische Person wirklich nur als Organisationsmittel verstanden worden, das nicht die deckungsgleiche Grundlage für die unternehmerischen Tätigkeitsbereiche war. Juristische und unternehmerische Organisation sind auseinander gedriftet. Erst jetzt mit TBTF wird auch wieder (aber wirklichkeitsfremd) postuliert, dass die rechtlichen Strukturen mit den Risikosphären kompatibel sein müssen.²⁹

Mit dem Konzern und seinen Problemen wird ständig gerungen, doch scheinen die Rechtsprobleme lösbar. Daraus kann man auch ersehen, dass die immer wieder postulierte Schaffung eines förmlichen Konzernrechts keine bittere Notwendigkeit ist.³⁰ So hat auch das deutsche Beispiel des aus steuerlichen Überlegungen (Organschaft) geborenen Rechts der verbundenen Unternehmen (Art. 15 ff. AktG) keinen Durchbruch erlebt, auch nicht in der EU.

Konzernrecht im materiellen Sinne heisst ja nichts anderes als erstens Transparenz, die allerdings mit der konsolidierten Rechnungslegung weitgehend geschaffen wird, dann Schutz der Minderheitsaktionäre (so überhaupt welche da sind) und Schutz der Gläubiger, dass sie nicht allenfalls in einem

Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 131 ff.

²⁵ Dazu BGE 120 II 331; 124 III 297; 130 III 213.

²⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 19), § 5 N 199.

²⁷ BGE 116 Ib 331 (CS); Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Januar 2009 (Roscor); Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009 (Sabena).

²⁸ Art. 3c Abs. 1 BankG, Art. 12–14a BankV. Vgl. dazu PETER NOBEL, Bank- und Finanzkonglomerate – eine konzernbezogene aufsichtsrechtliche Auslegeordnung, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 145 ff.

²⁹ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010, 37 ff., <http://www.sif.admin.ch>.

³⁰ Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993, 77 f.

Aussenbezirk einer reichen Unternehmensgruppe durch Konkurs einer Tochtergesellschaft finanziell geschädigt werden.

V. Einheitsbetrachtung des Konzerns

Der Konzern hat nicht nur in der Theorie, der Rechnungslegung und der deutschen Gesetzgebung deutliche Konturen einer unternehmerischen Einheitsbetrachtung erfahren, sondern auch in der Rechtsprechung. Im europäischen Raum wurde, nachdem weitergehende Vorstösse nicht vorankamen, vom Forum Europaeum³¹ die Rozenblum-Doktrin diskutiert und der EU-Kommission unterbreitet, die ihre Postulate aus einem (strafrechtlichen) Entscheid der französischen Cour de Cassation schöpfte.³² Sie gehen dahin, dass die Eigeninteressen der einzelnen Gesellschaft innerhalb der Gruppe mit dem Gesamtinteresse der Gruppe zu einem geschmeidigen Ausgleich zu bringen sind. In diesem Ausgleich verliert das Eigeninteresse der Gruppengesellschaft zwar seine absolute Integrität, ohne aber dem Gruppeninteresse vollständig untergeordnet zu werden. Eine Nachteils-Legitimation zulasten der Gruppengesellschaft setzt daher dreierlei voraus: (1) Die Gruppe muss strukturell verfestigt und (2) einer kohärenten Politik für die gesamte Gruppe unterstellt sein. (3) Die Vor- und Nachteile für die einzelnen Gruppengesellschaften müssen innerhalb der Gruppe angemessen austariert sein.

Auch in der Schweiz hat vor allem der CS-Entscheid zur Umstrukturierung als «seminal case» Schule gemacht (BGE 116 Ib 331). Es war dort die Frage, ob nicht nur Töchter, sondern auch Schwestergesellschaften eigenmittelmässig konsolidiert werden mussten. Die anwaltliche Behauptung: «Eine Schwester ist keine Tochter» scheiterte an der aufsichtsrechtlichen Betrachtungsweise (und sie wird auch schon in Ödipus widerlegt). Es heisst dort:

«Der Bankkonzern wird nämlich stärker als der Industrie- oder Handelskonzern als wirtschaftliche Einheit wahrgenommen. Wie die Eidgenössische Bankenkommission hervorhebt, stellt der Bankkonzern ein empfindlich reagierendes Verbundsystem dar, in welchem die Insolvenz eines Gliedes zum Vertrauensentzug gegenüber den andern Gliedern führt. Im klassischen Bankkonzern lasten die aus der wirtschaftli-

³¹ Im Forum Europaeum Konzernrecht hat sich ein wissenschaftliches Steering Committee mit Mitgliedern aus der EU und der Schweiz zusammengefunden, welches sich mit der Konzeption von Mindeststandards zur Führung von Unternehmensgruppen und zum Schutz von Kapitalanlegern und Minderheitsgesellschaftern beschäftigt, vgl. Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.

³² Cour de Cassation (ch. criminelle), 4. Februar 1985, Journal Nos. 165 à 166, 14–15 juin 1985, 377 ff. über «abus de biens sociaux».

chen Einheit erwachsenden Risiken auf der Konzernspitze mit Bankstatus.»³³

Weiter wird zum wirtschaftlichen Beistandszwang Folgendes gesagt:

«[Ein] faktischer Beistandszwang einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches [besteht] grundsätzlich dann, wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine derart enge Verbindung zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen.»³⁴

Obwohl es sich um einen aufsichtsrechtlichen Entscheid handelt, hat er befruchtend gewirkt und seinen Niederschlag auch in den Entscheiden rund um den Niedergang der Swissair gefunden. Ich erwähne hier als Beispiele:

Aus einem Strafurteil des Bezirksgerichts Bülach vom 4. Juni 2007:

«In Konzernen, bei welchen die formelle wie faktische Macht der Obergesellschaft dazu verwendet wird, eine einheitliche Leitung aller Konzerngesellschaften durchzusetzen, trifft den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Obergesellschaft eine erweiterte Verantwortung. Sie haben ihre Leitungsfunktion „mit aller Sorgfalt“ zu erfüllen, wobei die Optik die der Obergesellschaft und des Konzernganzen sein soll. In der Regel dürften dabei die Interessen der Obergesellschaft und des Konzerns übereinstimmen. Ist dies nicht der Fall, dann wird man den Organen der Konzernobergesellschaft, die sich als solche nach aussen definiert hat, das Recht einräumen, im Interesse des Konzerns auch einmal die Einzelinteressen der eigenen Gesellschaft hintan zu stellen.»

Urteil i.S. Sabena des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009:

«Die Klägerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die einzelnen Gesellschaften, welche im Konzernverbund zusammengeschlossen sind, rechtlich selbständig bleiben und daher grundsätzlich keine Verpflichtung einer Konzerngesellschaft besteht, für die Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft einzustehen. Die Beklagten machen jedoch auch gar nicht geltend, die Klägerin sei bei einem Konkurs der Sabena direkt für die Verpflichtungen der Sabena gegenüber Dritten haftbar geworden. Vielmehr machen sie geltend, Gesellschaften der SAirGroup wären durch einen Konkurs der Sabena aus verschiedenen Gründen Schäden entstanden, sei es durch den Verlust von Synergien, sei es durch vertragliche Verpflichtungen der Tochtergesellschaften unter-

³³ BGE 116 Ib 337.

³⁴ BGE 116 Ib 339.

einander, welche Schäden es im Interesse des Gesamtkonzerns zu vermeiden gegolten habe [...].

Dass die SAirGroup einen Konkurs der SAirLines oder auch der Swissair verkraftet hätte, behauptet selbst die Klägerin nicht. Soweit ein Konkurs der Sabena daher eine Gefährdung der Interessen der SAirLines oder von deren 100% Tochter Swissair hätte bedeuten können, lag es im Eigeninteresse der SAirGroup diesen Schaden abzuwenden.»

Insgesamt hat sich der Konzern in der Wirklichkeit trotz des Rückstandes in der juristischen Durchdringung durchgesetzt und ich schliesse mich der Schule an, die auch die Pflichten des Verwaltungsrates im Lichte der Wirklichkeit sehen will und nicht starr den Prinzipien der Einzelgesellschaft verhaftet bleibt.³⁵

VI. Spärliche rechtliche Durchdringung des «Unternehmens»

Das Unternehmen ist zwar der Hauptgegenstand des Handels- und Wirtschaftsrechts, steht in der juristischen Theorie aber im Randbezirk. Die Bemühungen adäquater Erfassung sind so lang und komplex, wie im bisherigen Resultat ergebnislos. Dies hängt vor allem auch damit zusammen, dass die politischen Folgen auch abschrecken können.³⁶

Zentrales Anknüpfungssubjekt ist das Unternehmen zwar im Wettbewerbsrecht: Gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

Dann stellt auch das Handelsregisterrecht auf das nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe ab, vgl. Art. 934 Abs. 1 OR sowie Art. 36, 41 und 91 HRegV.

Das Strafrecht hat die Strafbarkeit des «Unternehmens» eingeführt (Art. 102 StGB); man hat damit den alten Satz: «Societas delinquere non potest»³⁷

³⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 11 III. 4., V. und VI. Anders PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89, 125 ff.

³⁶ Vgl. PETER NOBEL, Das «Unternehmen» als juristische Person?, WuR 1980, 27 ff. Historisch: RICHARD PASSOW, Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925; ALFONS BÜRGE, Römisches und Romanistisches zum Unternehmensrecht, WuR 1980, 133 ff.

³⁷ Der Grundsatz «societas delinquere non potest» ist bei den Römern nirgends nachzuweisen. Vielmehr handelt es sich um eine ungeschriebene Rechtsregel, überzeugend dargelegt bei JOSÉ DUPUIT, La responsabilidad penal de las personas juridicas en suiza, vgl. <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/du96.html>, Ziff. I/d.

sozusagen modernisierend überholt und die neue soziale Schuldform des Organisationsverschuldens³⁸ geprägt.

Dem FusG wird sodann unternehmensrechtliche Qualität attestiert: «Die vorliegende Kommentierung gründet auf der These, dass das Fusionsgesetz Unternehmensrecht ist.»³⁹

Das Unternehmen wird heute umschrieben als «Einbindung von Personen und Sachmitteln in eine funktionale Einheit, welche sich auf die optimale Realisierung eines Zwecks einer Gesellschaft ausrichtet.»⁴⁰

Zur Unterscheidung zur Gesellschaft wird ausgeführt, diese sei Zusammenschluss, während das Unternehmen Zusammenfassung sei, Verbund nicht Verband, vertikal und nicht horizontal (N 52; man könnte meinen bei Art. 52 ZGB zu stehen). Dies sind aber undogmatische Kategorien. Hilfreich ist dagegen, was die «Anatomy of Corporate Law»⁴¹ erarbeitet. Es ist zu unterscheiden zwischen korporativen und vertraglichen Rechten. Dies wird in eine dreifache Agency-Beziehung gegossen, der bekannten zwischen Aktionären und Managern, dann in diejenige zwischen Mehrheit und Minderheit in der Gesellschaft und dann aber in diejenige zwischen der Gesellschaft und ihren Anspruchsgruppen (Stakeholders).⁴²

Da ist man dann wieder am Engpass mit dieser letzten «Agency» und die Ausführungen bleiben denn auch entsprechend unbestimmt. HANS-CASPAR VON DER CRONE hat zwar eindringlich davor gewarnt die Shareholder-Manager Agency zu öffnen.⁴³ Dafür zahlt aber auch er den Preis der Nichterfassung des Unternehmens in juristisch vertretbaren Kategorien.

Das Unternehmen wurde schon als «sujet de droit naissant» bezeichnet, doch bieten sich in der Tat erhebliche Schwierigkeiten einer adäquaten Erfassung, wenn man nicht in eine stumpfe Mitbestimmungsdiskussion abgleiten will.

Auf der anderen Seite kann die Rechtswissenschaft nicht bei einem so unbestimmten Begriff wie Stakeholder stehen bleiben, sondern ist wie zu allen Zeiten aufgerufen, nicht gerade die Zukunft, aber doch ihre Wirklichkeit zu erfassen und zu verfassen.

³⁸ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 2142.

³⁹ MARC AMSTUTZ/ROGER MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Basel 2008, Systematischer Teil, N 1; dort auch wieder Hinweise auf JEAN PAILLUSSEAU, La société anonyme: Technique d'organisation de l'entreprise, Paris 1967 (a.a.O. N 22 ff.).

⁴⁰ JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, § 1 N 55.

⁴¹ REINIER KRAAKMAN/JOHN ARMOUR/PAUL DAVIES/LUCA ENRIQUES/HENRY B. HANSMANN/GÉRARD HERTIG/KLAUS J. HOPT/HIDEKI KANDA/EDWARD B. ROCK (eds.), The Anatomy of Corporate Law, 2nd ed., Oxford 2009.

⁴² KRAAKMAN ET AL. (Fn. 41), 36.

⁴³ HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DÉDEYAN, Stakeholder im Aktienrecht, ZSR 2003 I 409 ff.

Eine fundamentale Differenz dürfte heute zwischen den kotierten Gesellschaften und den übrigen bestehen. (Es ist fraglich, ob es eine Zwischenkategorie der Gesellschaften braucht, die nur nicht kotierte Anleihen aufnehmen).

Dabei hat sie für die kotierten Gesellschaften heute wohl von den Märkten und ihren heutigen Triebkräften her zu denken. Früher öffnete sich die AG, um am Markt Kapital zu beschaffen, heute wird die ganze Unternehmensorganisation von der Marktperspektive getrieben.

VII. Fazit und Perspektiven

Was ist nun der Befund? Über die juristische Person ist viel nachgedacht worden. Wir müssen die Techniken ihrer Verwendung aber stets neuen Anforderungen anpassen, zum Teil auch den Modetrends, wie etwa die Repetition alter Themen unter dem schillernden Import-Begriff der Corporate Governance, deren Steuerleute (Kybernetes), wie in der Odyssee, aber in dem akademischen Sturm auch bedroht sind, vom Mast erschlagen ins immer noch weite Meer zu stürzen (12, 410 ff.; *πλήξε κυβερνήτεων κεφαλῇ*).⁴⁴

Mit der Einzelgesellschaft kommen wir zurecht, beim Konzern sieht es schon schlechter aus, wobei hinzukommt, dass wir da in der Regel vor einem multinationalen Phänomen stehen und die involvierten Rechtsordnungen hohe Koordinationsanforderungen stellen. Internationales Konzernrecht ist durchaus ein noch zu wenig erschlossener Forschungsbereich.

Wenn wir dann sogar nach der Unternehmensverfassung zu fragen beginnen, wird die Verlegenheit grösser. Es bringt aber kaum viel, sich daran zu ereifern, dass die Verbannung des Anstaltsbegriffs in den Stiftungswinkel eine zwar effiziente, aber das involvierte Interessenspektrum reduzierende Konstruktion der Unternehmensordnung gebracht hat, nämlich ein prekäres Zusammenspiel aus korporativen und vertraglichen Rechten. Das Ziel kann nicht die Fortsetzung der sterilen deutschen Mitbestimmungsdiskussion sein,⁴⁵ aus der man heute mit dem Mittel der Societas Europaea (SE)⁴⁶ ausbrechen versucht. Wir können aber aus der Dogmengeschichte doch schöp-

⁴⁴ Vgl. dazu auch PETER NOBEL, Corporate Governance und Gesellschaftsrecht – Gleichklang oder Wettlauf zwischen Wirklichkeit und Recht?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 397 ff.

⁴⁵ Vgl. zur Mitbestimmungsdiskussion in der Schweiz Botschaft zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag vom 22. August 1973, BBl 1973 II 237 ff.; anlässlich der Volksabstimmung vom 21. März 1976 (sog. «Mitbestimmungsfrühling») wurden sowohl die Initiative als auch der Gegenvorschlag im Verhältnis $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$ sowie von sämtlichen Ständen deutlich abgelehnt, vgl. BBl 1976 II 660 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu Verordnung (EG) Nr. 2157 vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294, 10. November 2001, 1 ff. sowie Richtlinie 2001/86/EG vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. Nr. L 294, 10. November 2001, 22 ff.

fen, dass eine juristische Personifizierung auch komplexere Organisationen umhüllen kann.

Was können gedankliche Perspektiven einer zukünftigen Unternehmensverfassung sein? Es wird nur möglich sein, hier in Netzwerkverknüpfungen zu denken. Die Formel vom Unternehmen als «Bündel von Verträgen» (und erst noch unfertigen)⁴⁷ ist dabei gar kein schlechter Ausgangspunkt, um unideologisch-konstruktiv vorgehen zu können.⁴⁸ Wir müssen versuchen, die schillernde Figur des «Stakeholders» klarer zu erfassen; auch «contractual partners» sind im Nexus.

⁴⁷ OLIVER HART, *Firms, contracts and financial structure*, Oxford 1995, 1–12; ferner KENNETH AYOTTE/HENRY HANSMANN, *Economic and Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts*, working paper, March 2010.

⁴⁸ PETER NOBEL, *Stakeholders and the legal theory of the corporation*, in: Michel Tison/Hans de Wulf/Christoph van der Elst/Reinhard Steennot (Editors), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation, Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge University Press 2009, 165 ff.